

01

最高法院民事大法庭裁定

02

108年度台上大字第1636號

03

上訴人 簡秀惠

04

訴訟代理人 張照堂律師

05

被上訴人 廖丹菱

06

洪明龍

07

共 同

08

訴訟代理人 陳信伍律師

09

被上訴人 簡鴻年

10

簡世丞

11

簡秉秀

12

共 同

13

訴訟代理人 林長振律師

14

併案上訴人 陳孟嘉

15

訴訟代理人 林紹源律師

16

併 案

17

被上訴人 胡倉華

18

胡美嬪

19

共 同

20

訴訟代理人 陳柏舟律師

21

併 案

22

被上訴人 胡信良

23

胡淳馨

24

胡信照

25

胡信輝

26

胡石信

27

併案上訴人 許學堯

28

訴訟代理人 蔡素惠律師

29

併 案

30

被上訴人 張兆蓁（原名張翠華）

31

江子信

32

蔡明聖

01 共 同

02 訴訟代理人 郭乃瑩律師

03 吳光陸律師

04 對於本院民事第三庭（原第四庭）中華民國108年11月27日108年
05 度台上字第1636號提案裁定（併案案號：109年度台上字第1302
06 號、110年度台上字第709號），本大法庭裁定如下：

07 主 文

08 非原住民乙欲購買原住民甲所有原住民保留地經營民宿，為規避
09 山坡地保育利用條例第37條第2項、原住民保留地開發管理辦法
10 第18條第1項規定，乃與原住民丙成立借名登記契約，以丙名義
11 與甲簽訂買賣契約，甲以該地為乙設定地上權後，將所有權移轉
12 登記予丙。乙丙間之借名登記契約、甲丙間之買賣契約、甲為乙
13 設定地上權及將所有權移轉登記予丙之行為，無異實現非原住民
14 乙取得原住民保留地所有權之效果，自違反上開禁止規定，依民
15 法第71條本文規定，應屬無效。

16 理 由

17 一、本案基礎事實

18 甲（原住民）以未經全體繼承人同意之協議書，於辦理繼承
19 分割登記後，將屬原住民保留地（下稱原保地）之遺產A地
20 登記為其所有。嗣非原住民乙為經營民宿，出資購買A地及
21 興建B屋，且為擔保該出資及取得B屋之占有權源，由甲處
22 取得A地之抵押權、地上權後，繼與原住民丙成立借名登記
23 契約，再以丙之名義與甲簽訂A地買賣契約，甲即將A地所
24 有權移轉登記予丙。丁為繼承人之一，依民法第828條第2項
25 準用第821條本文及第767條第1項中段；或民法第831條準用
26 第828條第2項、第821條本文、第179條、第184條第1項前段
27 、第213條、第242條及第113條規定，起訴請求：丙塗銷A
28 地之所有權登記；乙塗銷A地之抵押權暨地上權登記；甲塗
29 銷分割繼承登記。

30 二、本案法律爭議

31 (一) A地原為甲所有之原保地，非原住民乙為經營民宿而出資購

買 A 地，並與原住民丙成立借名登記契約，而以丙之名義與甲簽訂買賣契約，該借名登記契約、買賣契約有無違反禁止規定之情形？其效力如何？

(二) 同上(一)之情形，甲於 A 地為乙設定地上權，該設定行為有無違反禁止規定之情形？其效力如何？

(三) 同上(一)之情形，甲將 A 地所有權移轉登記予丙，該移轉登記行為有無違反禁止規定之情形？其效力如何？

三、本大法庭之理由

(一) 為維繫、實踐與傳承原住民族特有之傳統文化，確保其永續發展，並參照當代民主國家尊重少數民族之發展趨勢，中華民國憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項前段分別明定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化」、「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之」，以之作為基本國策（下稱保障原住民族國策）。此為憲法之價值選擇，具公益目的，為有拘束力之憲法規範，司法機關有遵守之義務，並據以判斷相關法令是否符合「積極維護發展原住民族文化，保障扶助原住民族之經濟土地並促其發展」之憲法價值。

(二) 原保地乃文化經濟發展之載體，與原住民族文化及經濟生活保障，密不可分。立法者為維護、保障原住民族文化與經濟土地權利，延續文化多元性，自得制定保障原住民族權益之相關法規，以賦與制度性之保障。其中山坡地保育利用條例（下稱山坡地條例）第 37 條第 2 項規定：「原住民取得原住民保留地所有權，如有移轉，以原住民為限」，及依該條第 6 項授權訂定之原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項規定：「原住民取得原住民保留地所有權後，除政府指定之特定用途外，其移轉之承受人以原住民為限」（以下合稱系爭規定），乃為確保原保地永續供原住民族（集體及個人）所用，以落實維護、保障原住民族文化、經濟土地及生存權而制

01 定之法規。此參諸山坡地條例第37條第1項、第4項分別規定
02 ：「山坡地範圍內原住民保留地，除依法不得私有外，應輔
03 導原住民取得承租權或無償取得所有權」、「政府依前項（
04 第3項）第三款及第四款規定承受之原住民保留地，除政府
05 機關依法撥用外，其移轉之受讓人以原住民為限」益明。

06 (三)系爭規定限制原保地所有權之移轉對象以原住民為限，於形
07 式上固有差別待遇。惟為保障原住民族文化權與經濟土地發
08 展，落實保障原住民族國策，俾承載原住民族集體文化之原
09 保地，確定由以原住民族文化與身分認同為基礎之原住民族
10 掌握，所形成之制度性保障規範，其所採取之分類與達成該
11 差別待遇之目的間，具有合理之關聯性，無違憲法之平等原
12 則。而依山坡地條例第3條規定，原保地係國有林事業區、
13 試驗用林地及保安林地以外，經中央或直轄市主管機關參照
14 自然形勢、行政區域或保育、利用之需要，就標高在100公
15 尺以上，或標高未滿100公尺，而其平均坡度在百分之5以上
16 所劃定之山坡地。佐諸原保地乃為承載原住民族集體文化，
17 以達成「維護發展原住民族文化，保障扶助原住民族之經濟
18 發展」之憲法價值，系爭規定自為合於保障原住民族國策公
19 益目的所採取之必要手段。

20 (四)綜觀原住民族基本法（下稱原民基本法）第1條規定：「為
21 保障原住民族基本權利，促進原住民族生存發展，建立共存
22 共榮之族群關係，特制定本法」。其立法理由載明：「本法
23 之制定，係認落實憲法增修條文第十條第十二項規定……」
24 ；同法第2條第5款、第20條第1項、第23條各明定：「原住
25 民族土地：係指原住民族傳統領域土地及既有原住民保留地
26 」、「政府承認原住民族土地及自然資源權利」、「政府應
27 尊重原住民族選擇生活方式……社會經濟組織型態、資源利
28 用方式、土地擁有利用與管理模式之權利」；依公民與政治
29 權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法（下稱兩
30 公約施行法）第2條規定，具國內法效力之公民與政治權利
31 國際公約（下稱公政公約）第27條規定：「凡有種族、宗教

或語言少數團體之國家，屬於此類少數團體之人，與團體中其他分子共同享受其固有文化、信奉躬行其固有宗教或使用其固有語言之權利，不得剝奪之」，及依兩公約施行法第3條規定，於適用兩公約規定時，應參照之聯合國人權事務委員會就上開公約所作之第23號一般性意見第7點：「關於第27條所保障的文化權利的行使，委員會認為，文化本身以多種形式表現出來，包括與土地資源的使用有聯繫的特定生活方式，原住民族的情況更是這樣。這種權利可能包括漁獵等傳統活動和受到法律保障的住在保留區內的權利。為了享受上述權利，可能需要採取積極的法律保障措施和確保少數族群的成員確實參與涉及他們的決定」，堪認系爭規定禁止原保地所有權移轉予非原住民，符合原民基本法、公政公約之相關規範意旨。

(五)系爭規定之內容，自立法目的與法體系整體觀察，並非難以理解，且個案事實是否屬系爭規定欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，並可經由法院審查認定及判斷。再綜合考量系爭規定之規範目的、倫理性質、實效性、法益衝突情形、締約相對人期待、信賴保護利益與交易安全，暨契約當事人之誠信公平等相關事項，自應否認違反系爭規定之私法行為效力，始得落實其規範目的，以維保障原住民族國策之公共利益，故違反系爭規定者，應屬無效。當事人為規避系爭規定之適用，以迂迴方法達成該規定所禁止之相同效果之行為，違反系爭規定意旨，依民法第71條本文規定，亦屬無效。

(六)綜上，非原住民乙欲購買原住民甲所有之A地（原保地）經營民宿，為規避系爭規定，乃與原住民丙成立借名登記契約，以丙之名義與甲簽訂買賣契約，甲以A地為乙設定地上權後，再將所有權移轉登記予丙。則乙丙間之借名登記契約、甲丙間之買賣契約、甲為乙設定地上權及將所有權移轉登記予丙之行為，無異實現非原住民乙取得A地所有權之效果，自違反系爭規定之禁止規定，依民法第71條本文規定，應屬

無效。

四、本院109年度台上字第1302號、110年度台上字第709號之併案事實與提案基礎事實有異，且其所涉法律爭議與本案法律爭議不同，應由併案庭另行處理，附此說明。

中 華 民 國 110 年 9 月 17 日

最高法院民事大法庭

審判長法官 陳 國 禎

法官 高 孟 焄

法官 沈 方 維

法官 鄭 傑 夫

法官 魏 大 曉

法官 林 恩 山

法官 陳 玉 完

法官 林 金 吾

法官 鄭 純 惠

法官 周 舒 雁

法官 鍾 任 賜

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 110 年 9 月 17 日

最高法院民事大法庭108年度台上大字第1636號部分不同意見書
法官 林 恩 山

對於本院民事大法庭108年度台上大字第1636號裁定，關於原住民甲為非原住民乙設定之地上權，因規避法律規定，依民法第71條本文規定，應屬無效部分，提出不同意見，理由如下：

一、大法庭裁定有侵犯立法權之虞：

按立法院制定之法律，原則上應推定為合憲，於有疑義時始為違憲審查。立法院依法制定之法律，倘無法律漏洞或違憲問題，法院就該法律所為之解釋，不得逾越立法院所定之界線，否則即有侵害立法權之虞。又中央法規標準法第5條第2款規定「關於人民之權利、義務，應以法律定之」，及同

01 法第6條規定「應以法律規定之事項，不得以命令定之」。
02 禁止非原住民取得保留地之所有權或地上權，應屬關於人民
03 權利、義務之事項。山坡地保育利用條例第37條第1、2項規
04 定：「山坡地範圍內原住民保留地，除依法不得私有外，應
05 輔導原住民取得承租權或無償取得所有權」；「原住民取得
06 原住民保留地所有權，如有移轉，以原住民為限」，僅禁止
07 非原住民取得保留地之所有權，並未禁止其取得保留地之地
08 上權。上揭立法並無法律漏洞或違憲問題，大法庭裁定將其
09 擴張解釋為禁止取得地上權，有侵犯立法權之虞。

10 二、大法庭裁定有違反比例原則之虞：

11 憲法第143條第4項規定：「國家對於土地之分配與整理，應
12 以扶植自耕農及自行使用土地人為原則，並規定其適當經營
13 之面積」，是農地與原住民保留地相同，亦有其憲法上之依
14 據。在民國89年1月26日刪除土地法第30條規定前之農地買
15 賣，本院95年度台上字第1682號民事判決即謂：「私有農地
16 所有權之移轉，依89年1月26日修正刪除前之土地法第30條
17 規定，其承受人以能自耕者為限，如承買人當時係無自耕能
18 力之人，須於訂約時明白約定由承買人指定登記與任何有自
19 耕能力之第三人，或具體約定登記於有自耕能力之特定第三
20 人，或約定待承買人自己有自耕能力時為移轉登記，或其他
21 預期於不能之情形除去後為給付者，其契約始為有效，否則
22 ，即係以不能之給付為契約標的，依民法第246條第1項前段
23 規定為無效」。就取得私有農地所有權應具備之「自耕能力
24 」，採取寬鬆立場。實務見解雖亦認為規避法律之農地買賣
25 契約與借名登記契約應屬無效，但對於何謂「規避法律」採
26 取嚴格標準，故法院判決買賣、借名契約無效之案例並不多
27 見。非原住民之當事人參酌過去有關農地買賣之實務見解，
28 產生錯誤期待，予以類推援引買受原住民保留地。有關買賣
29 契約、借名登記契約及所有權移轉登記行為，既經大法庭認
30 定違反禁止規定，依民法第71條本文規定，應屬無效。倘締
31 結之買賣契約超過15年，買方之價金返還請求權已罹於時效

01 ；而有登記保留地之返還及塗銷登記請求權，卻無消滅時效
02 之適用，對非原住民之買方當事人已相當不利。保護原住民族
03 族或其文化，禁止非原住民取得保留地之所有權為已足，倘
04 進一步禁止非原住民取得保留地之地上權，則土地上已投資
05 興建之民宿，甚至旅館該如何處理？恐成複雜問題。地上權
06 為用益物權，有別於所有權，不因存續期間較長即當然變成
07 所有權，或因實現而取得所有權之全部效果。當事人訂立上
08 揭地上權契約及為處分行為時，並無違反誠信原則或不公平
09 情形，僅因「原住民族」或「原住民族文化」之集體權概念
10 ，即解釋為禁止非原住民取得保留地之地上權，難認妥適，
11 其對非原住民之懲罰過苛。保護原住民族及其文化，尚有其
12 他更有效之方法可資運用，與何人有保留地之地上權無必然
13 關係（詳後述）。大法庭有關買賣契約、借名登記契約及所
14 有權移轉登記行為無效之見解，已足保護原住民族及其文化
15 ，其進而擴張山坡地保育利用條例第37條第2項規定之適用
16 ，認非原住民取得地上權亦在禁止之列，非但有侵害立法權
17 ，且有違反比例原則之虞。

18 三、所有權與使用權分離始能物盡其用，符合經濟效益：

19 禁止非原住民取得保留地之使用權，則使用之人減少，地不
20 能盡其利，對社會經濟有害。倘僅原住民能取得保留地之使
21 用權，則公共建設（例如水、電、交通等）因缺乏使用土地
22 之權源，如何進行？如非原住民無法使用保留地從事經濟活
23 動，維持保留地農作、漁獵之現狀，是否較符合原住民族利
24 益？或有利原住民族文化之保存？亦值深思，故應適度開放
25 ，而非一味禁止。保留地之需求減少，影響土地價格及使用
26 收益，從經濟觀點，對原住民之所有權人不利，是否為憲法
27 及相關法規所欲達成之目的？頗有疑義。

28 四、保護原住民族文化與保留地之地上權屬誰無關：

29 大法庭認為保存原住民族文化，應禁止非原住民取得保留地
30 之地上權。惟保存原住民族文化，以立法及行政手段，管制
31 保留地之用途即可達成，與是否限制非原住民取得地上權無

01 關。原住民擁有保留地之所有權、地上權，亦可能為不利原
02 住民族文化之行為，故保護原住民族文化，與限制非原住民
03 之地上權無必然關係。如認為某經濟行為有礙原住民族文化
04 之保存，則制定法律禁止，並以行政手段取締即可，並無禁
05 止非原住民取得保留地地上權之必要。

06 五、對大法庭裁定之看法：

07 大法庭多數意見認為非原住民不得取得地上權，甲為乙設定
08 之地上權，因規避法律規定，依民法第71條本文規定，應為
09 無效。然山坡地保育利用條例第37條第2項及原住民保留地
10 開發管理辦法第18條第1項規定僅明文禁止非原住民取得保
11 留地之所有權，並未禁止取得地上權。禁止規定應從嚴解釋
12 ，使人民得以預測，避免無謂之損害。法律既無明文禁止，
13 人民即無規避法律問題。不得因本件買賣契約、借名契約及
14 所有權移轉登記行為無效，甲取得代價而為乙設定之地上權
15 即因實現所有權之效果而當然隨同無效。本席對大法庭關於
16 地上權部分之見解難以贊同，爰提出不同意見書。